

BAB II

PEMBAHASAN

A. Perlindungan Hukum atas dikeluarkannya Peraturan Kebijakan ditinjau dari Perspektif Hukum Administrasi

1. Peraturan Kebijakan

a. Peristilahan

Selain peraturan kebijakan disebut juga peraturan kebijakan. Kepustakaan hukum Belanda mengenalnya sebagai *pseudowetgeving*, *spiegelsrecht*, atau *beleidsregel*. Di Jerman, disebut *verwaltungsvorschriften*. Sementara itu, *quasi-legislation*, *pseudo-legislation*, *policy rules*, *policy*, *quasi-law*, *administrative quasi-legislation*, *administrative rules*, *tertiary legislation*, *tertiary rules*, *quasi-delegated legislation*, *sub-delegated legislation*, atau *soft law* adalah ragam sebutannya dalam kepustakaan hukum Inggris.¹⁰

Bagir Manan menyatakan bahwa istilah yang lebih tepat adalah ketentuan kebijakan. Penggunaan kata “ketentuan” adalah untuk membedakan dengan peraturan yang dapat berkonotasi sebagai salah satu bentuk peraturan perundang-undangan seperti peraturan pemerintah atau peraturan menteri.¹¹ Sementara itu, bagi Jimly Asshiddiqie, istilah yang lebih pas adalah ‘aturan kebijakan’ bukan

¹⁰ A'an Efendi & Freddy Poernomo, 2017, *Hukum Administrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 224.

¹¹ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, 1997, *Peraturan Kebijakan, Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Edisi Revisi, Alumni, Bandung, hlm. 167.

‘peraturan kebijakan’ untuk membedakannya dari bentuk peraturan resmi.¹²

Berdasarkan hasil wawancara dengan Andriyani Masyitoh S.H., M.H., salah satu hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta berpendapat bahwa sehubungan dengan nomenklatur apakah penyebutannya peraturan kebijakan atau peraturan kebijaksanaan memang ada beberapa pendapat yang berbeda. Ada yang menyebut peraturan kebijakan, ada yang menyebut peraturan kebijaksanaan, namun jika kita lihat dari kata “*beleid*” pengertiannya adalah kebijaksanaan.¹³

Berdasarkan hasil wawancara dengan Purwanto S.H., M.H., salah satu staf di Kemenkumham Kanwil Yogyakarta bagian perundang-undangan beliau berpendapat bahwa peraturan kebijakan berbeda dengan peraturan kebijaksanaan, peraturan kebijakan didasarkan atas peraturan perundang-undangan sedangkan peraturan kebijaksanaan didasarkan atas inisiatif pemerintah itu sendiri.¹⁴

Menanggapi pernyataan Purwanto S.H., M.H., Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., berpendapat bahwa dalam konteks Tata Usaha Negara berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya disebut UU AP) keputusan

¹² Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perihal Undang-Undang*, Konstitusi Pers, Jakarta, hlm. 392.

¹³ Wawancara bersama dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., selaku Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta, 9 November 2017.

¹⁴ Wawancara bersama dengan Purwanto, S.H., M.H., selaku bagian perundang-undangan Kementerian Hukum dan HAM, Kantor Wilayah Yogyakarta, 7 November 2017.

dan/atau tindakan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, itu yang membuat berbeda. Namun jika itu dimaknai sebagai peraturan kebijaksanaan, maka harus dimaknai bahwa peraturan kebijaksanaan dibuat atas dasar inisiatif sendiri pemerintah yang artinya apabila tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan maka ia mempunyai kehendak untuk melakukan itu.¹⁵

b. Pengertian

Philipus M. Hadjon telah mengemukakan bahwa peraturan kebijakan, *beleidsregel* atau *policy rule* diciptakan oleh pejabat administrasi negara untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintah. Eksistensi peraturan kebijakan tersebut merupakan konsekuensi atas negara hukum kesejahteraan yang membebaskan tugas yang sangat luas, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan rakyat (*welfare state*), kepada pemerintah. Tugas-tugas pemerintahan dapat diselenggarakan jika pemerintah diberi kebebasan untuk mengambil kebijakan sesuai dengan situasi dan kondisi faktual. Kebijakan-kebijakan pejabat administrasi negara itu kemudian dituangkan dalam bentuk peraturan-peraturan kebijakan.¹⁶

Didalam penyelenggaraan tugas-tugas administrasi negara, pemerintah banyak mengeluarkan kebijakan yang dituangkan dalam

¹⁵ Wawancara bersama dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., selaku Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta, 9 November 2017.

¹⁶ Hotma P. Sibuea, 2010, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan & Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Erlangga, Jakarta, hlm. 101

berbagai bentuk seperti *beleidslijnen* (garis-garis kebijakan), *het beleid* (kebijakan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtlijn* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-petunjuk), *circulaires* (surat edaran), *resoluties* (resolusi-resolusi), *aanschrijvingen* (instruksi-instruksi), *beleidsnota's* (nota kebijakan), *reglemen* (peraturan-peraturan menteri), *beschikkingen* (keputusan-keputusan), *bekendmaking* (pengumuman-pengumuman).¹⁷

Tidak mudah untuk memberikan pengertian tentang apa itu peraturan kebijakan. Menurut Ganz, memberikan definisi tentang peraturan kebijakan adalah suatu tantangan. Peraturan kebijakan bukanlah istilah yang memiliki pengertian khusus dalam bidang atau profesi tertentu (*term of art*) tetapi berada pada wilayah yang bukan hitam atau putih tetapi abu-abu (*a matter degree*). Megarry menyatakan bahwa peraturan kebijakan dikenal sebagai jenis peraturan yang aneh atau ganjil, peraturan yang mana tidak seperti *delegated legislation*, tidak dibuat berdasarkan kekuasaan legislatif.¹⁸

Philipus M. Hadjon berpandangan bahwa peraturan kebijakan pada hakikatnya merupakan produk dari perbuatan tata usaha negara yang bertujuan "*naar buiten gebracht schriftelijk beleid*", yaitu menampakkan keluar suatu kebijakan tertulis.¹⁹ Peraturan kebijakan

¹⁷ Ridwan HR, 2006, *Hukum Administrasi Negara*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 174.

¹⁸ H.E. Broring, 1994, *Administrative Rules in British Law*, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 253, hlm. 273.

¹⁹ Philipus M. Hadjon, 1993, et.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, hlm. 152

hanya berfungsi sebagai bagian dari operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan, karenanya tidak dapat mengubah ataupun menyimpangi peraturan perundang-undangan. Peraturan ini adalah semacam “hukum bayangan” dari undang-undang atau hukum. Oleh karena itu, peraturan ini disebut pula dengan istilah *pseudo-wetgeving* (perundang-undangan semu) atau *spiegelsrecht* (hukum bayangan/cermin).

Peraturan kebijakan merupakan produk kebijakan yang bersifat bebas yang ditetapkan oleh pejabat-pejabat administrasi negara dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan. Kebijakan pejabat administrasi negara tersebut kemudian dituangkan dalam suatu format tertentu supaya dapat diberlakukan secara umum (berlaku sama bagi setiap warga negara). Dalam hal tertentu, bentuk format peraturan kebijakan sering tidak berbeda atau tidak dapat dibedakan dari format peraturan perundang-undangan.²⁰

Peraturan kebijakan adalah bentuk khusus dari peraturan umum. Peraturan kebijakan menunjukkan bagaimana pemerintah akan melaksanakan kekuasaannya terhadap masyarakat umum. Peraturan kebijakan itu dapat dibuat oleh pemerintah pusat atau sektoral maupun pemerintah lokal. Misalnya, instruksi menteri kepada pemeriksa pajak

²⁰ Hotma P. Sibuea, *Loc.Cit.*

dan peraturan yang dikembangkan sehubungan dengan pemberian izin.²¹

Peraturan kebijakan menjadi pedoman bagi pemerintah terutama di mana pemerintah memiliki kekuasaan diskresi yang luas. Dengan demikian, peraturan kebijakan membantu untuk mencegah tindakan sewenang-wenang. Pada mulanya, peraturan kebijakan hanya dimaksudkan untuk memiliki akibat ke dalam (internal). Namun, peraturan kebijakan cenderung diumumkan kepada publik melalui pengumuman resmi maupun tidak resmi, sedangkan isinya kadang-kadang berasal dari praktik pemerintahan. Peraturan kebijakan berbeda dari peraturan perundang-undangan atau peraturan yang mengikat umum. Peraturan kebijakan tidak dibuat berdasarkan pada kekuasaan membuat peraturan perundang-undangan tetapi diterima dan diikuti oleh badan atau pejabat pemerintahan yang berwenang melaksanakan kekuasaan diskresinya. Peraturan kebijakan menetapkan bagaimana kekuasaan diskresi itu dilaksanakan.²²

Berpegang pada definisi tentang peraturan kebijaksanaan sebagaimana telah diuraikan di atas, peraturan kebijaksanaan pada dasarnya mengandung pengertian sebagai berikut.

1. Dibuat oleh badan/pejabat pemerintahan.

²¹ A'a Efendi & Poernomo, *Op.Cit.* hlm. 228

²² *Ibid.*

2. Kewenangan membuat peraturan kebijakan tidak berdasarkan wewenang berdasarkan peraturan perundang-undangan tetapi karena diskresi yang dimiliki oleh badan/pejabat pemerintahan tersebut sehingga bukan peraturan pelaksanaan peraturan perundang-undangan.
3. Dapat berwujud berbagai bentuk, misalnya surat edaran, instruksi, dan lain-lain.
4. Dapat berisi perintah, petunjuk pelaksanaan, pemberitahuan, imbauan, dan lain-lain.
5. Berlaku bagi badan/pejabat pemerintahan yang menerbitkannya beserta seluruh badan/pejabat yang berada dalam ruang lingkup kewenangannya dan terkadang dapat berlaku ke luar.

Berdasarkan pengertian di atas dapat diambil pemahaman penting bahwa peraturan kebijaksanaan bukanlah jenis peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu, tidak dapat digunakan untuk mengubah apalagi membatalkan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan terutama undang-undang. Jika misalnya, berdasarkan pertimbangan badan/pejabat pemerintahan tertentu terdapat ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman, maka yang dapat dilakukannya hanyalah menerbitkan peraturan kebijaksanaan (misalnya surat edaran) yang isinya memberitahukan bahwa ketentuan tersebut telah tertinggal oleh perkembangan dan disarankan untuk

tidak menerapkannya, tetapi tidak dapat membatalkannya. Pembatalan peraturan perundang-undangan hanya dapat dilakukan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau sederajat.

c. Ciri-ciri Peraturan Kebijaksanaan

Berikut ini akan disajikan mengenai ciri-ciri peraturan kebijaksanaan, untuk kemudian diperbandingkan dengan peraturan perundang-undangan guna mengetahui kesamaan-kesamaan dan perbedaan-perbedaannya. J.H. van Kreveld menyebutkan ciri-ciri peraturan kebijakan sebagai berikut:²³

1. Peraturan itu langsung ataupun tidak langsung, tidak didasarkan pada ketentuan undang-undang formal atau Undang-Undang Dasar yang memberikan kewenangan mengatur, dengan kata lain, peraturan itu tidak ditemukan dasarnya dalam undang-undang.
2. Peraturan itu tidak tertulis dan muncul melalui serangkaian keputusan-keputusan instansi pemerintahan dalam melaksanakan kewenangan pemerintahan yang bebas terhadap warga negara atau ditetapkan secara tertulis oleh instansi pemerintahan tersebut.
3. Peraturan itu memberikan petunjuk secara umum, dengan kata lain tanpa pernyataan dari individu warga negara mengenai bagaimana instansi pemerintahan melaksanakan kewenangan pemerintahannya yang bebas terhadap setiap individu warga

²³ Ridwan HR, *Op.cit.*, hlm. 179.

negara yang berada dalam situasi yang dirumuskan dalam peraturan itu.

Bagir Manan menyebutkan ciri-ciri peraturan kebijakan sebagai berikut:

1. Peraturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan.
2. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijakan.
3. Peraturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat peraturan kebijakan tersebut.
4. Peraturan kebijakan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan.
5. Pengujian terhadap peraturan kebijakan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik.
6. Dalam praktik diberi format dalam berbagai bentuk dan jenis aturan yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.²⁴

²⁴ Bagir Manan, *op.cit.*, hlm. 16-17.

Berdasarkan ciri-ciri tersebut, tampak ada beberapa persamaan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan. A. Hamid S. Attamimi menyebutkan unsur-unsur persamaannya sebagai berikut:

1. Aturan yang berlaku umum

Peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan mempunyai adresat atau subjek norma dan pengaturan perilaku atau objek norma yang sama, yaitu bersifat umum dan abstrak (*algemene regeling* atau *algemene regel*).

2. Peraturan yang berlaku “ke luar”

Peraturan perundang-undangan berlaku “ke luar” dan ditujukan kepada masyarakat umum (*naar buiten wekend, tot een ieder gericht*), demikian juga peraturan kebijakan berlaku “ke luar” dan ditujukan kepada masyarakat umum yang bersangkutan.

3. Kewenangan pengaturan yang bersifat umum/publik

Peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijakan ditetapkan oleh lembaga/pejabat yang mempunyai kewenangan umum/publik untuk itu.²⁵

Disamping terdapat kesamaan, ada pula beberapa perbedaan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijakan. A.

²⁵ A. Hamid S. Attamimi, 1993, *Hukum tentang Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan*, Pidato Purna Bakti, Fakultas Hukum UI, Jakarta, hlm. 12-13.

Hamid S. Attamimi menyebutkan perbedaan-perbedaannya sebagai berikut:

1. Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan fungsi negara

Pembentukan hukum melalui perundang-undangan dilakukan oleh rakyat sendiri, oleh wakil-wakil rakyat atau sekurang-kurangnya dengan persetujuan wakil-wakil rakyat. Kekuasaan di bidang perundang-undangan atau kekuasaan legislatif hanya diberikan kepada lembaga yang khusus untuk itu, yaitu lembaga legislatif (sebagai organ kenegaraan yang bertindak untuk dan atas nama negara).

2. Fungsi pembentukan peraturan kebijakan ada pada pemerintah dalam arti sempit (eksekutif)

Kewenangan pemerintahan dalam arti sempit atau ketataprajaan (kewenangan eksekutif) mengandung juga kewenangan pembentukan peraturan-peraturan dalam rangka penyelenggaraan fungsinya. Oleh karena itu, kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang bertujuan mengatur lebih lanjut penyelenggaraan pemerintahan senantiasa dapat dilakukan oleh setiap lembaga pemerintah yang mempunyai kewenangan penyelenggaraan pemerintah.

3. Materi muatan peraturan perundang-undangan berbeda dengan materi muatan peraturan kebijakan

Peraturan kebijakan mengandung materi muatan yang berhubungan dengan kewenangan membentuk keputusan-keputusan dalam arti *beschikkingen*, kewenangan bertindak dalam bidang hukum privat dan kewenangan membuat rencana-rencana yang memang ada pada lembaga pemerintahan. Sedangkan materi muatan peraturan perundang-undangan mengatur tata kehidupan masyarakat yang jauh lebih mendasar, seperti mengadakan suruhan dan larangan untuk berbuat atau tidak berbuat yang apabila perlu disertai dengan sanksi pidana dan sanksi pemaksa.

4. Sanksi dalam peraturan perundang-undangan dan pada peraturan kebijakan

Sanksi pidana dan sanksi pemaksa yang jelas mengurangi dan membatasi hak-hak asasi warga negara dan penduduk hanya dapat dituangkan dalam undang-undang yang pembentukannya harus dilakukan dengan persetujuan rakyat atau dengan persetujuan wakil-wakilnya. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah lainnya hanya dapat mencantumkan sanksi pidana bagi pelanggaran ketentuannya apabila hal itu secara tegas didistribusikan oleh undang-undang. Peraturan kebijakan hanya dapat mencantumkan sanksi administratif bagi pelanggaran ketentuan-ketentuannya.²⁶

²⁶ *Ibid.*, hlm. 13-15.

Berikut perbedaan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijaksanaan:

Tabel 1
Perbedaan peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijaksanaan

Peraturan Perundang-undangan	Peraturan Kebijaksanaan
<ul style="list-style-type: none"> - Tidak didasarkan <i>freies ermessen</i> - Dibuat oleh pejabat yang berwenang - Dunia Hukum - Dapat diuji melalui kasasi - Daya ikat langsung - <i>wetmatigheid</i> 	<ul style="list-style-type: none"> - Didasarkan atas <i>freies ermessen</i> - Tidak dibuat oleh pejabat yang berwenang - Dunia Fakta - Tidak dapat diuji melalui kasasi - Daya ikat tidak langsung - <i>doelmatigheid</i>

(Sumber : Handout Hukum Sarana Pemerintahan, Y. Sri Pudyatmoko, diolah penulis)

Sehubungan dengan karakter, Laica Marzuki menyebutkan ada 3 (tiga) komponen dari *beleidsregel*, yaitu:²⁷

1. Komponen Subjektum

Dibuat oleh badan/pejabat Tata Usaha Negara sebagai perwujudan *freies ermessen* secara tertulis.

2. Komponen Materi

Isinya memuat aturan umum (*algemene regel*) tersendiri. Melampaui *materialsphere* perundang-undangan yang dibuatkan pengaturan operasional.

²⁷ W. Riawan Tjandra, 2014, *Hukum Sarana Pemerintahan*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 39.

3. Komponen Kewenangan

Badan/pejabat Tata Usaha Negara pembuatnya tidak memiliki *wetgevende bevoegheid*, tetapi secara tidak langsung mengikat warga masyarakat.

Mengenai kekuatan mengikat dari peraturan kebijakan ini diantara para pakar hukum tidak terdapat kesamaan pendapat. Menurut Bagir Manan, peraturan kebijakan sebagai “peraturan” yang bukan peraturan perundang-undangan tidak langsung mengikat secara hukum tetapi mengandung relevansi hukum. Peraturan kebijakan pada dasarnya ditujukan kepada administrasi negara sendiri. Jadi yang pertama-tama melaksanakan ketentuan yang termuat dalam peraturan kebijakan adalah badan atau pejabat administrasi negara. Meskipun demikian, ketentuan tersebut secara tidak langsung akan dapat mengenai masyarakat umum.²⁸ Indroharto berpendapat bahwa peraturan kebijakan itu bagi masyarakat menimbulkan keterikatan secara tidak langsung.²⁹ Menurut Hamid Attamimi,³⁰ peraturan kebijakan mengikat secara umum karena masyarakat yang terkena peraturan itu tidak dapat berbuat lain kecuali mengikutinya. Menurut Marcus Lukman, kekuatan mengikat peraturan kebijakan ini tergantung jenisnya. Peraturan kebijakan intra-legal dan kontra-legal

²⁸ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa...*, *op.cit.*, hlm. 169-170.

²⁹ Indroharto, 1992, *Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata*, Bahan Kuliah pada Program Pendidikan Lanjutan Ilmu Hukum Bidang Peradilan Tata Usaha Negara, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 44.

³⁰ A. Hamid S. Attamimi, *Hukum tentang...*, *op.cit.*, hlm. 12.

yang pembentukannya berdasarkan kebebasan mempertimbangkan intra-legal, menjadi bagian integral dari tata hierarki peraturan perundang-undangan. Kekuatan mengikatnya juga berderajat peraturan perundang-undangan. Adapun peraturan kebijakan ekstra-legal dan kontra-legal yang pembentukannya berdasarkan kebebasan mempertimbangkan ekstra-legal tidak memiliki kekuatan mengikat berderajat peraturan perundang-undangan.³¹

2. Perlindungan Hukum Bagi Rakyat

a. Pengertian

Pengertian perlindungan hukum bagi rakyat berkaitan dengan rumusan yang dalam kepustakaan berbahasa Belanda berbunyi *“rechtsbescherming van de burgers tegen de overheid”* dan dalam kepustakaan berbahasa Inggris *“legal protection of the individual in relation to acts of administrative authorities”*.

Dalam rumusan perlindungan hukum bagi rakyat, sengaja tidak dicantumkan “terhadap pemerintah” atau “terhadap tindak pemerintahan” dengan pertimbangan dan alasan berikut:

- (1) Istilah “rakyat” sudah mengandung pengertian sebagai lawan dari istilah “pemerintah”. Istilah rakyat pada hakekatnya berarti yang diperintah (*the governed*). Dengan demikian, istilah rakyat

³¹ Marcus Lukman, 1996, *Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan dalam Bidang Perencanaan dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan di Daerah serta Dampaknya terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional*, Disertasi, Universitas Padjajaran, Bandung, hlm. 205

mengandung arti yang lebih spesifik dibandingkan dengan istilah-istilah dalam bahasa asing, seperti: *volks*, *people*, *peuple*.

- (2) Dicantumkannya “terhadap pemerintah” atau “terhadap tindak pemerintahan” dapat menimbulkan kesan bahwa ada konfrontasi antara rakyat sebagai yang memerintah. Pandangan yang demikian tentunya bertentangan dengan falsafah hidup negara kita yang memandang rakyat dan pemerintah sebagai *partner* dalam usaha mewujudkan cita-cita hidup bernegara.³²

Perlindungan hukum bagi rakyat merupakan konsep universal, dalam arti dianut dan diterapkan oleh setiap negara yang mengedepankan diri sebagai negara hukum, namun seperti disebutkan Paulus E. Lotulung, masing-masing negara mempunyai cara dan mekanismenya sendiri tentang bagaimana mewujudkan perlindungan hukum tersebut dan juga sampai seberapa jauh perlindungan hukum itu diberikan.³³

Perlindungan hukum bagi warga negara dari tindakan pemerintahan menjadi bagian tidak terpisahkan dari penyelenggaraan pemerintahan pada negara demokrasi. Terkait hal tersebut, Zoltan Szente menyatakan:

“Perlindungan hukum terhadap hak-hak individu terhadap intervensi negara secara melawan hukum adalah persoalan pokok dalam semua demokrasi modern. Tidak ada keraguan bahwa hal itu telah menjadi konsep umum. Bagaimanapun

³² Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, PT Bina Ilmu, Surabaya, hlm. 1-2.

³³ Paulus E. Lotulung, 1993, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 123.

tuntutan untuk perlindungan hukum akan selalu ada pada saat pelaksanaan kekuasaan publik memengaruhi hak atau kepentingan warga negara secara tidak baik”.³⁴

Di samping itu, perlindungan hukum bagi warga negara dari tindakan pemerintahan menjadi perdebatan akademik yang menarik di seluruh dunia. Maria Popescu menyatakan:

“Perlindungan hukum warga negara dari kemungkinan penyalahgunaan kekuasaan pemerintahan menjadi permasalahan yang menarik untuk diperdebatkan secara akademik diseluruh dunia. Pertanyaan yang sering muncul adalah seberapa luas hak warga negara dan seberapa luas hak pemerintah? Bagaimanakah pemerintah menanggapi tuntutan individu warga negara: apakah harus memberikan keuntungan kepada kelompok mayoritas?”³⁵

Sebelum abad ke-19, kapasitas negara untuk mencegah tindakan pelanggaran sangat terbatas. Pada waktu itu, perlindungan hukum fokusnya adalah kewajiban pemerintah untuk memberikan reaksi terhadap kerugian dengan mengupayakan ganti kerugian perdata dan menjatuhkan hukuman pidana. Dalam perkembangannya, konsep perlindungan hukum berkembang meliputi kewajiban negara untuk mengambil tindakan yang layak untuk mencegah terjadinya tindakan pelanggaran. Konsep perlindungan hukum meliputi hal-hal di bawah ini.

1. Mempertahankan diri sendiri (*self-defense*)

Tindakan mempertahankan diri terjadi dalam situasi di mana pemerintah tidak mampu memberikan perlindungan dari

³⁴ A'a Efendi & Poernomo, *Op.Cit.* hlm. 200

³⁵ *Ibid.*

ancaman tindakan pelanggaran, maka hukum memperbolehkan individu untuk mempertahankan dirinya sendiri. Dalam situasi seperti ini, Blackstone menyatakan bahwa hukum alam menjadikan individu sebagai pelindung bagi dirinya sendiri.

2. Perlindungan hukum privat (*civil protection*)

Perlindungan berdasarkan hukum privat berarti setiap orang memiliki kemampuan untuk mempertahankan haknya dengan gugatan perdata untuk mendapatkan ganti kerugian atas kerugian yang mereka alami.

3. Perlindungan hukum pidana (*criminal protection*)

Di samping perlindungan hukum menurut hukum perdata, individu memiliki hak untuk mendapatkan perlindungan hukum berdasarkan hukum pidana. Kent menyatakan,

“Jaminan perlindungan individu bagi setiap warga negara dari tindakan pelanggaran pada hukum diberikan oleh kekuasaan pemerintah dan ancaman oleh kitab undang-undang hukum pidana”.

4. Pencegahan kerugian (*prevention of injury*)

Pencegahan kerugian dilakukan melalui dua sarana tindakan pencegahan, yaitu proses yang mensyaratkan jaminan keamanan dan kewenangan pejabat yang berwenang untuk memelihara keamanan.³⁶

³⁶ *Ibid.*, hlm. 203.

Ditinjau secara umum ada tiga perbuatan pemerintahan yaitu perbuatan pemerintahan dalam bidang pembuatan peraturan perundang-undangan (*regeling*), perbuatan pemerintahan dalam penerbitan keputusan (*beschikking*) dan perbuatan pemerintahan dalam bidang keperdataan (*materiele daad*). Dua bidang yang pertama terjadi dalam bidang publik oleh karena itu tunduk dan diatur berdasarkan hukum publik, sedangkan yang terakhir khusus dalam bidang perdata oleh karenanya tunduk dan diatur berdasarkan hukum perdata. Atas dasar pembidangan perbuatan pemerintahan ini, Muchsan mengatakan bahwa perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yang berbentuk melanggar hak subjektif orang lain tidak hanya terbatas pada perbuatan yang bersifat *privaatrechtelijk* saja, tetapi juga perbuatan yang bersifat *publiekrechtelijk*. Penguasa dapat dianggap melakukan perbuatan melawan hukum karena melanggar hak subjektif orang lain, apabila:

1. Penguasa melakukan perbuatan yang bersumber pada hubungan hukum perdata serta melanggar ketentuan dalam hukum tersebut.
2. Penguasa melakukan perbuatan yang bersumber pada hukum publik serta melanggar ketentuan kaidah hukum tersebut.³⁷

Disamping dua macam perbuatan pemerintah di atas, seiring dengan konsep negara hukum modern yang berorientasi pada

³⁷ Muchsan, 1997, *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 22.

kesejahteraan rakyat (*welfare state*), pemerintah juga dilekati dengan kewenangan bebas atau *freies ermessen*, yang jika dituangkan dalam bentuk tertulis akan berwujud peraturan kebijaksanaan. Dengan demikian, secara garis besar sehubungan dengan perbuatan hukum pemerintah yang dapat terjadi baik dalam bidang publik maupun perdata, maka perlindungan hukum akibat dari perbuatan pemerintah juga ada yang terdapat dalam bidang perdata maupun publik.

Perlindungan hukum bagi warga negara dari tindakan pemerintahan pada prinsipnya memiliki tujuan sebagai berikut.

1. Perlindungan hukum dalam rangka menjamin tepenuhinya hak-hak warga negara.
2. Perlindungan hukum dalam rangka mencegah terjadinya tindakan yang merugikan hak-hak warga negara.
3. Perlindungan hukum menyediakan akses bagi warga negara untuk menghentikan tindakan pelanggaran, mendapatkan ganti kerugian atau tindakan pemulihan atas pelanggaran haknya.
4. Perlindungan hukum menjamin tersedianya ganti kerugian atau tindakan pemulihan terhadap hak warga negara yang telah dirugikan.

b. Sarana Perlindungan Hukum

Tindakan hukum pemerintah adalah tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya menimbulkan akibat hukum. Karakteristik paling penting dari tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah

adalah keputusan-keputusan pemerintah yang bersifat sepihak. Dikatakan bersifat sepihak karena dilakukan tidaknya suatu tindakan hukum pemerintahan itu tergantung pada kehendak sepihak dari pemerintah, tidak tergantung pada kehendak pihak lain dan tidak diharuskan ada persesuaian kehendak (*wilsovereenstemming*) dengan pihak lain.³⁸

Keputusan sebagai instrumen hukum pemerintah dalam melakukan tindakan hukum sepihak dapat menjadi penyebab terjadinya pelanggaran hukum terhadap warga negara, apalagi dalam negara hukum modern yang memberikan kewenangan yang luas kepada pemerintah untuk mencampuri kehidupan warga negara. Karena itu diperlukan perlindungan hukum bagi warga negara terhadap tindakan hukum pemerintah.³⁹

Sabian Lust menyatakan bahwa perlindungan hukum bagi warga negara terhadap tindakan pemerintahan diberikan dengan dua cara. Pertama, perlindungan hukum preventif (*preventive protection/preventieve rechtsbescherming/protection juridique preventive*). Kedua, perlindungan hukum represif atau *a posteriori* (*protection a posteriori*).⁴⁰

Perlindungan hukum preventif bertujuan untuk mencegah sengketa. Perlindungan hukum jenis ini sangat penting sesuai *maxim*

³⁸ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 274.

³⁹ *Ibid.*, hlm. 275.

⁴⁰ A'a Efendi & Poernomo, *Op.Cit.* hlm. 204

“mencegah lebih baik daripada mengobati”. Upaya mencegah terjadinya sengketa dipandang selalu lebih menguntungkan dibandingkan harus menyelesaikan sengketa yang telah terjadi yang seringkali membutuhkan waktu, tenaga maupun biaya yang lebih banyak. Perlindungan hukum preventif diwujudkan dalam bentuk pelibatan masyarakat dalam proses pengambilan keputusan, di mana masyarakat diberikan hak untuk menyampaikan pendapat maupun keberatannya terhadap suatu keputusan yang akan diambil oleh organ pemerintahan. Dengan dilibatkannya masyarakat dalam pengambilan keputusan maka akan lebih dapat menerima keputusan yang ditetapkan.⁴¹

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Peradilan Umum dan Peradilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan hukum ini. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia karena menurut sejarah dari barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah.⁴²

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, hlm. 205.

Dibandingkan dengan sarana perlindungan hukum yang represif, sarana perlindungan hukum yang preventif dalam perkembangannya agak ketinggalan, namun akhir-akhir ini disadari pentingnya sarana perlindungan hukum yang preventif terutama dikaitkan dengan asas *freies ermessen* (*discretionaire bevoegdheid*). Di Belanda terhadap *beschikking* belum banyak diatur mengenai sarana perlindungan hukum bagi rakyat yang sifatnya preventif, tetapi terhadap bentuk *besluit* yang lain misalnya *ontwerp-bestemmings plannen*, *ontwerp streek plannen*, *ontwerp stuctur plannen* (dalam *wet op de Ruimtelijke Ordening*) sudah diatur sarana preventif berupa keberatan (*inspraak*). Dengan sarana itu misalnya sebelum pemerintah menetapkan *bestemmingplannen*, rakyat dapat mengajukan keberatan atau dimintai pendapatnya mengenai rencana keputusan tersebut.⁴³

Di Indonesia perlindungan hukum bagi rakyat akibat tindakan hukum pemerintah ada beberapa kemungkinan, tergantung dari instrumen hukum yang digunakan pemerintah ketika melakukan tindakan hukum. Telah disebutkan bahwa instrumen hukum yang lazim digunakan adalah peraturan perundang-undangan, keputusan dan peraturan kebijaksanaan. Perlindungan hukum akibat dikeluarkannya peraturan perundang-undangan ditempuh melalui Mahkamah Agung dengan cara hak uji materiil (*judicial review*),

⁴³ Philipus M. Hadjon, *Op. Cit.*, hlm. 3.

sesuai dengan Pasal 5 ayat (2) Tap MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, yang menegaskan bahwa:

Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

Ketentuan bahwa Mahkamah Agung berwenang menguji secara materiil peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terdapat pula dalam Pasal 20 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa:

Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang terhadap undang-undang.

Ketentuan yang sama juga terdapat dalam Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 dan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa:

Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji secara materiil hanya terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, perlindungan hukum akibat dikeluarkannya keputusan dapat ditempuh melalui dua jalur, yaitu melalui upaya administratif dan melalui Peradilan Tata Usaha Negara. Ketentuan mengenai upaya administratif ini terdapat dalam Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 yang berbunyi sebagai berikut.

- (1) Dalam hal suatu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara diberi wewenang oleh atau berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk menyelesaikan secara administratif sengketa tata usaha negara tertentu, maka sengketa tata usaha negara tersebut harus diselesaikan melalui upaya administratif yang tersedia.
- (2) Pengadilan baru berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) jika seluruh upaya administratif yang bersangkutan telah digunakan.

Upaya administratif ini ada dua macam, yaitu banding administratif dan prosedur keberatan. Banding administratif yaitu penyelesaian sengketa tata usaha negara dilakukan oleh instansi atasan atau instansi lain dari yang mengeluarkan keputusan yang disengketakan. Sedangkan prosedur keberatan adalah penyelesaian sengketa tata usaha negara dilakukan oleh instansi yang mengeluarkan keputusan yang bersangkutan. SF. Marbun menyebutkan ciri-ciri banding administrasi yaitu sebagai berikut:

1. Bahwa yang memutus adalah Badan Tata Usaha Negara yang secara hierarki lebih tinggi daripada Tata Usaha Negara yang memberi keputusan pertama atau Badan Tata Usaha Negara lain;
2. Badan Tata Usaha Negara yang memeriksa banding administratif atau pernyataan keberatan itu dapat mengubah dan/atau mengganti keputusan Badan Tata Usaha Negara yang pertama;
3. Penilaian terhadap Keputusan Tata Usaha Negara pertama itu dapat dilakukan secara lengkap, baik dari segi *rechtmatigheid* (penerapan hukum) maupun dari segi *doelmatigheid* (kebijaksanaan atau ketepatangunaan). Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak saja dinilai berdasarkan norma-norma yang *zakelijk*, tetapi keputusan yang berlaku dalam masyarakat harus merupakan bagian penilaian atas keputusan itu;
4. Perubahan-perubahan keadaan sejak saat diambilnya keputusan oleh Badan Tata Usaha Negara pertama dan perubahan-perubahan keadaan yang terjadi selama proses pemeriksaan banding berjalan harus diperhatikan (*ex tunc* dan *ex nunc*).⁴⁴

Ketentuan mengenai penyelesaian sengketa tata usaha negara melalui peradilan tata usaha negara terdapat dalam Pasal 53 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang berbunyi;

⁴⁴ SF. Marbun, 1997, *Peradilan Administrasi dan Upaya Administratif di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 79-80.

Seseorang atau badan hukum perdata yang merasa kepentingannya dirugikan oleh suatu keputusan tata usaha negara dapat mengajukan gugatan tertulis kepada pengadilan yang berwenang yang berisi tuntutan agar keputusan tata usaha negara yang disengketakan itu dinyatakan batal atau tidak sah, dengan atau tanpa disertai tuntutan ganti rugi dan/atau rehabilitasi.

Dalam Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara disebutkan mengenai tolak ukur untuk menilai Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat di Peradilan Tata Usaha Negara, yaitu sebagai berikut:

- a. Keputusan tata usaha negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- b. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut;
- c. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara oada waktu mengeluarkan atau tidak mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) setelah mempertimbangkan semua kepentingan yang tersangkut dengan keputusan itu seharusnya tidak sampai pada pengambilan atau tidak pengambilan keputusan tersebut.

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara alasan mengajukan gugatan, yang terdapat pada Pasal 53 ayat (2) mengalami perubahan, yaitu menjadi sebagai berikut:

Alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah:

- a. Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;

- b. Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

**c. Perlindungan Hukum atas dikeluarkannya Peraturan
Kebijaksanaan**

Salah satu perkara yang telah diputus oleh lembaga yudikatif dalam hal ini Mahkamah Agung, yakni pengujian Surat Edaran Direktur Jenderal Minerba dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral No. 03.E/31/DJB/2009 Tanggal 30 Januari 2009 tentang Perizinan Pertambangan Minerba sebelum terbitnya peraturan pelaksana sebagai Pelaksana Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009. Namun, apakah sudah tepat Mahkamah Agung sebagai lembaga yudikatif yang sesuai dengan Pasal 24A ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yakni berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, menguji surat edaran yang mana surat edaran ini termasuk kategori peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*)?

Van der Vlies menyatakan bahwa peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan tidak karena peraturan kebijakan tidak berlaku ke luar. Peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan disebabkan organ yang membuatnya tidak memiliki kewenangan dari undang-undang untuk membuat peraturan yang mengikat umum. Peraturan kebijakan itu dapat dibuat jika suatu organ

memiliki kewenangan bebas atau kuasa suatu undang-undang tertentu atau untuk mengisi lebih lanjut ruang gerak di bidang keuangan yang diberikan kepadanya oleh anggaran pendapatan dan belanja negara.⁴⁵

Mengenai kewenangan pembuatan peraturan kebijakan, Philipus M. Hadjon menyatakan:

“Peraturan-peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan. Badan yang mengeluarkan peraturan-peraturan kebijakan adalah *in casu* tidak memiliki kewenangan pembuatan peraturan (*wetgevende bevoegdheid*). Peraturan-peraturan kebijakan memberi peluang bagaimana suatu badan tata usaha negara menjalankan kewenangan pemerintahan (*beschikking bevoegdheid*). Hal tersebut dengan sendirinya harus dikaitkan dengan kewenangan pemerintahan atas dasar penggunaan *discretionaire* karena jika tidak demikian, tidak ada tempat bagi peraturan kebijakan”.⁴⁶

Bagir Manan berpendapat bahwa peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan meskipun menunjukkan sifat atau gejala sebagai peraturan perundang-undangan karena pembuat peraturan kebijakan tidak mempunyai wewenang peraturan perundang-undangan. Kewenangan yang dimiliki hanya dibatasi pada segi-segi pelaksanaan dan tidak ada kewenangan untuk mengatur (*wetgever*).⁴⁷

Sehubungan dengan peraturan kebijaksanaan bukan peraturan perundang-undangan, maka asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan. Peraturan kebijaksanaan tidak dapat

⁴⁵ A'a Efendi & Poernomo, *Op.Cit.* hlm. 241

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 243

⁴⁷ *Ibid.*

diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak akan ada dasar peraturan perundang-undangan untuk keputusan membuat peraturan kebijakan. Peraturan kebijaksanaan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan bukan wewenang membuat peraturan perundang-undangan. Pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan lebih diarahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Dalam perkara permohonan pengujian Surat Edaran Direktur Jenderal Minerba dan Panas Bumi Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral No. 03.E/31/DJB/2009 yang diuji oleh Hakim Mahkamah Agung, khususnya mengenai apakah surat edaran termasuk peraturan perundang-undangan atau bukan memberikan pertimbangannya sebagai berikut.

“Menimbang, bahwa objek keberatan Hak Uji Materiil berupa Surat Edaran Direktur Jenderal Mineral, Batubara dan Panas Bumi, Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor: 03.E/31/DJB/2009, walaupun tidak termasuk urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, akan tetapi berdasarkan penjelasan Pasal 7 tersebut dapat digolongkan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan yang sah sehingga tunduk pada ketentuan tata urutan di mana peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi”.

Jadi menurut Majelis Hakim, surat edaran adalah termasuk jenis peraturan perundang-undangan berdasarkan penjelasan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Penulis berpendapat bahwa Surat Edaran tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan berdasarkan Penjelasan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, karena berdasarkan ketentuan Pasal 7 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 secara limitatif sudah menentukan bahwa peraturan perundang-undangan yang dapat diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat selain dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 ialah sepanjang apabila pembentukannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Selanjutnya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011. Sebagai perbandingan dalam Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang berbunyi:

Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Terdapat penambahan frasa “dibentuk berdasarkan kewenangan”. Menurut penulis, berdasarkan Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, surat edaran juga tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan karena tidak

akan ada dasar kewenangan bagi badan/pejabat tata usaha negara untuk mengeluarkan surat edaran.

Dalam peraturan kebijakan tidak dikenal hierarki bentuk-bentuk peraturan kebijaksanaan seperti hierarki peraturan perundang-undangan. Sebagai contoh, peraturan kebijaksanaan dalam bentuk surat edaran tidak berarti memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari pengumuman. Demikian pula dengan peraturan kebijaksanaan yang dituangkan dalam bentuk surat edaran tidak berarti lebih rendah kedudukannya daripada peraturan kebijaksanaan yang berbentuk keputusan presiden. Struktur hierarki peraturan kebijaksanaan seperti struktur hierarki peraturan perundang-undangan belum dikenal dalam lapangan hukum administrasi negara sepanjang yang penulis ketahui.

Surat Edaran juga tidak memuat elemen penguat (unsur mengikat) yang merupakan dan sebagai landasan hukum pembentukan surat edaran tersebut. Sehingga surat edaran tidak dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan menurut Penjelasan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 dan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Guna memperoleh pemahaman yang lebih dalam mengenai apakah surat edaran termasuk salah satu jenis hierarki peraturan perundang-undangan dan apakah surat edaran terikat dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, berikut penulis memaparkan dasar

hukum yang mengatur peraturan perundang-undangan berdasarkan tahun berlakunya.

Hierarki peraturan perundang-undangan baru dikenal sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950 tentang jenis dan bentuk peraturan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Pusat yang ditetapkan pada tanggal 2 Februari 1950. Dalam Pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1950 dirumuskan sebagai berikut:

Pasal 1

Jenis Peraturan-Peraturan Pemerintah Pusat ialah:

- a. Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang,
- b. Peraturan Pemerintah,
- c. Peraturan Menteri.

Selanjutnya hierarki peraturan perundang-undangan diatur dalam TAP MPRS No. XX/MPRS/1966, terdapat di Halaman 12 yang menyatakan bentuk-bentuk Peraturan Perundangan Republik Indonesia menurut Undang-Undang Dasar 1945 ialah sebagai berikut:

- 1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2) Ketetapan MPR;
- 3) Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;
- 4) Peraturan Pemerintah;
- 5) Keputusan Presiden;
- 6) Peraturan-peraturan Pelaksanaan lainnya seperti:
 - Peraturan Menteri
 - Instruksi Menteri
 - Dan lain-lainnya.

Selanjutnya tata urutan peraturan perundang-undangan diubah lagi dengan TAP MPR No. III/MPR/2000 menjadi:

- 1) Undang-Undang Dasar Negara 1945;

- 2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia;
- 3) Undang-Undang;
- 4) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu);
- 5) Peraturan Pemerintah;
- 6) Keputusan Presiden yang Bersifat Mengatur;
- 7) Peraturan Daerah

Kemudian di perbaharui lagi dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (sudah dibatalkan oleh Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011),

Pasal 7 ayat (1) menyebutkan:

Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;
- e. Peraturan Daerah.

Produk hukum dalam bentuk "Surat Edaran" baik sebelum maupun sesudah berlakunya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tidak dikategorikan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan. Karena Surat Edaran kedudukannya bukan sebagai peraturan perundang-undangan, dengan demikian keberadaannya sama sekali tidak terikat dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Dalam buku Pedoman Umum Tata Naskah Dinas Cetakan Edisi 1 Januari 2004 yang diterbitkan oleh Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara, Surat Edaran diberikan pengertian

“Naskah dinas yang memuat pemberitahuan tentang hal tertentu yang dianggap penting dan mendesak”.

Mengingat isi surat edaran hanya berupa pemberitahuan, maka dengan sendirinya materi muatannya tidak merupakan norma hukum sebagaimana norma dari suatu peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu surat edaran tidak dapat dijadikan dasar hukum untuk menganulir materi baik Peraturan Menteri, Peraturan Presiden atau Peraturan Pemerintah, tetapi semata-mata hanya untuk memperjelas makna dari peraturan yang ingin diberitahukan.

Jadi berdasarkan pemaparan di atas surat edaran tidak termasuk dalam kategori peraturan perundang-undangan dan tidak dikenal dalam tata urutan peraturan perundang-undangan, sehingga surat edaran yang termasuk kategori peraturan kebijaksanaan yang diuji oleh Mahkamah Agung adalah tidak tepat, karena Mahkamah Agung hanya berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, bukan peraturan kebijaksanaan terhadap peraturan perundang-undangan sebagaimana ditentukan secara limitatif dalam Pasal 24A ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Apakah Surat Edaran yang termasuk kategori peraturan kebijaksanaan dapat diuji di Peradilan Tata Usaha Negara? Berikut

merupakan pernyataan dari salah satu narasumber dari Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Andriyani Masyitoh S.H., M.H., salah satu hakim untuk Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta beliau menyatakan bahwa ia tidak bisa menguji hanya dilihat dari nomenklatur atau judul, jadi harus dilihat substansinya terlebih dahulu, isinya dari surat edaran itu apa, apakah termasuk kriteria keputusan jika konteksnya diskresi. Harus dilihat terlebih dahulu surat edaran wujudnya seperti apa. Ia menyatakan bahwa pernah ada perkara mengenai Instruksi Wakil Gubernur DIY Tahun 1975 bahwa non pribumi tidak boleh mempunyai tanah hak milik di Jogja. Kemudian pemohon yang bernama Handoko menggugat ke Mahkamah Agung tetapi tidak diterima karena tidak termasuk kewenangan Mahkamah Agung. Jika diajukan di Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta kita menemui kendala, apakah surat edaran itu termasuk kriteria diskresi atau bukan, sehingga upaya perlindungan hukumnya tidak ada.⁴⁸

Peraturan kebijaksanaan dalam praktik muncul dalam berbagai bentuk seperti surat edaran, instruksi, pedoman, pengumuman dan lain sebagainya. Meskipun dalam halnya surat edaran termasuk *beleidsregel* namun dalam pengujiannya di Peradilan Tata Usaha

⁴⁸ Wawancara bersama dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., selaku Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta, 9 November 2017.

Negara tidak serta merta tidak dapat diterima, karena dalam perspektif hakim meskipun nomenklturnya peraturan kebijaksanaan tetapi harus dilihat terlebih dahulu isinya karena ada beberapa surat edaran namun muatan atau materinya berkaitan dengan keputusan itu termasuk kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara, jadi tidak terpaku pada nomenklatur atau judul.⁴⁹

Lalu bagaimana jika suatu peraturan kebijakan merugikan kepentingan seseorang atau kelompok tertentu? Kemana yang dirugikan itu harus menguji peraturan kebijakan? Mengenai hal ini, Bagir Manan menyatakan sebagai berikut.

“Untuk menghindari peraturan kebijakan melampaui batas-batas kebebasan bertindak dan merusak tatanan hukum yang berlaku, sangat perlu menemukan asas-asas yang dapat menjadi kendali bagi peraturan kebijakan. Asas-asas tersebut antara lain asas negara berdasarkan hukum, asas perlindungan terhadap masyarakat dan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak. Diluar asas-asas tersebut, peraturan kebijakan tidak lagi dalam kerangka *freies ermessen*, tetapi dapat menjadi tindakan sewenang-wenang. Dalam konteks inilah seyogianya penilaian terhadap peraturan perundang-undangan deregulasi, yaitu peraturan deregulasi sebagai peraturan kebijakan dan peraturan perundang-undangan. Peraturan deregulasi sebagai peraturan harus dilihat dalam kerangka kebebasan bertindak administrasi negara, sedangkan peraturan deregulasi sebagai peraturan perundang-undangan harus berdasarkan kewenangan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan (*wetmatigheid*). Perbedaan ini penting karena berbeda pula alat menguji keabsahannya. Sebagai peraturan kebijakan, deregulasi akan diuji oleh asas-asas umum penyelenggaraan administrasi negara yang layak dan sebagai peraturan perundang-undangan, deregulasinya segi-segi *wetmatigheid*-nya”.⁵⁰

⁴⁹ Wawancara bersama dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., selaku Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta, 9 November 2017.

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 244.

1) Pengujian Peraturan Kebijaksanaan di Peradilan Tata Usaha Negara

Seperti yang telah dikemukakan dalam bab sebelumnya, bahwa penguasa mempunyai fungsi *sturen* (pengendalian) yang dapat dituangkan dalam instrumen yuridis berupa peraturan perundang-undangan (*wet en regeling*), peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*), rencana-rencana (*het plan*), Keputusan Tata Usaha Negara (*beschikking*) dan instrumen hukum keperdataan kepada rakyat dan penguasa berhak menjatuhkan sanksi terhadap rakyat yang tidak patuh. Namun yang menjadi persoalan adalah ketika penguasa mengendalikan rakyat dengan menggunakan instrumen yuridis yang diduga merugikan rakyat apakah ada perlindungan hukum yang diberikan kepada rakyat khususnya apabila instrumen yang digunakan adalah peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*).

Freidrich Julius Stahl menyatakan bahwa unsur-unsur negara hukum (*rechtsstaat*) adalah sebagai berikut:

1. Perlindungan hak-hak asasi manusia;
 2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu;
 3. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan;
- dan

4. Peradilan administrasi dalam perselisihan.⁵¹

Negara hukum berkembang di berbagai belahan dunia terutama di negara Eropa Kontinental dengan sistem hukum sipil (*civil law*) serta di Inggris dan Amerika dengan sistem hukum *Common Law*. Negara hukum Eropa Barat (Eropa Kontinental) lebih dikenal dengan istilah *Rechtsstaats*, sedangkan negara hukum Inggris dan Amerika lebih dikenal dengan istilah *Rule of Law*.⁵²

Pembatasan kekuasaan sangatlah penting karena kekuasaan yang tanpa batas akan menimbulkan kesewenang-wenangan penguasa. Keinginan para penguasa tidak dapat dibiarkan tanpa ada sarana yang membatasi atau mengaturnya karena kalau dibiarkan, keinginan bebas para penguasa akan berujung pada kesewenang-wenangan. Kesewenang-wenangan penguasa akan selalu menimbulkan kerugian dan penderitaan bagi rakyat. Seperti dikutip Azhary, mengemukakan bahwa negara hukum ialah negara di mana keinginan bebas para penguasa dibatasi oleh batas-batas hukum.⁵³ Salah satunya yaitu dengan adanya Peradilan Tata Usaha Negara sebagai sarana untuk melakukan kontrol terhadap tindakan pemerintah yang sewenang-wenang terhadap rakyatnya.

⁵¹ Ridwan HR, *Op.Cit.*, hlm. 3.

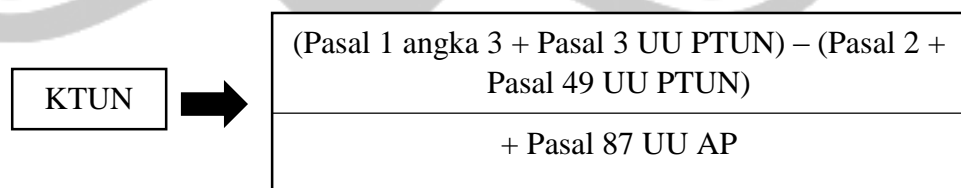
⁵² Hotma P. Sibuea, 2010, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan & Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*, Erlangga, Jakarta, hlm. 45.

⁵³ Hotma P. Sibuea, *Ibid*, hlm. 51.

Peradilan Administrasi atau Peradilan tata Usaha Negara merupakan peradilan yang berwenang menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara. Berdasarkan Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara berbunyi:

Sengketa Tata Usaha Negara adalah sengketa yang timbul dalam bidang tata usaha negara antara orang atau badan hukum perdata dengan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di pusat maupun di daerah, sebagai akibat dikeluarkannya keputusan tata usaha negara, termasuk sengketa kepegawaian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Lalu apakah peraturan kebijaksanaan yang merugikan rakyat dapat diajukan ke Peradilan Tata Usaha Negara? Yang menjadi obyek Peradilan Tata Usaha Negara adalah Keputusan Tata Usaha Negara. Untuk mempermudah pemahaman mengenai Keputusan Tata Usaha Negara yang dapat disengketakan dalam Peradilan Tata Usaha Negara berikut perumusannya:



(Sumber : Dr. W. Riawan Tjandra, diolah penulis)

Berdasarkan *Algemene wet Bestuursrecht* (Awb) Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis dari suatu organ pemerintah yang berisikan suatu perbuatan

hukum publik. Suatu *beschikking* tidak bersifat umum, termasuk penolakan atas suatu permohonan untuk memperoleh Keputusan Tata Usaha Negara.

Berdasarkan *Wet beroep administratieve beschikkingen* (*Wet Arob*) Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu keputusan tertulis yang dikeluarkan organ administratif yang menimbulkan suatu akibat hukum tertentu. Yang bukan merupakan keputusan: Keputusan Tata Usaha Negara umum dan Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum berdasarkan hukum perdata.

Bahwa yang menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara salah satunya adalah menguji Keputusan Tata Usaha Negara. Kriteria Keputusan Tata Usaha Negara berdasarkan Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 berbunyi:

Suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Makna Keputusan Tata Usaha Negara kemudian diperluas oleh UU AP dalam Pasal 87 yang berbunyi:

Dengan berlakunya Undang-Undang ini, Keputusan Tata Usaha Negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 harus dimaknai sebagai:

- a. penetapan tertulis yang juga mencakup tindakan faktual;
- b. keputusan Badan dan/atau Pejabat Tata Usaha Negara di lingkungan eksekutif, legislatif, yudikatif, dan penyelenggara negara lainnya;
- c. berdasarkan ketentuan perundang-undangan dan AUPB;
- d. bersifat final dalam arti lebih luas;
- e. keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum dan/atau keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat.

Mengenai keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat memang identik dengan *beleidsregel*, jika Keputusan Tata Usaha Negara sebelumnya bersifat individual tapi ini berlaku bagi warga masyarakat.⁵⁴

Unsur-unsur pengertian istilah Keputusan Tata Usaha Negara sebagai objek sengketa Tata Usaha Negara menurut Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara ialah:⁵⁵

1. Penetapan tertulis

Penjelasan pasal tersebut menggariskan bahwa istilah “penetapan tertulis” terutama menunjuk kepada isi dan bukan kepada bentuk keputusan yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara. Keputusan itu memang diharuskan tertulis, namun yang disyaratkan tertulis bukanlah bentuk formatnya seperti surat keputusan

⁵⁴ Wawancara dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta, 9 November 2017.

⁵⁵ W. Riawan Tjandra, 2010, *Teori & Praktek Peradilan Tata Usaha Negara*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 22-23.

pengangkatan dan sebagainya. Persyaratan tertulis itu diharuskan untuk kemudahan dalam segi pembuktian.

2. Dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara

Badan atau pejabat Tata Usaha Negara adalah Badan atau Pejabat di pusat dan daerah yang melakukan kegiatan yang bersifat eksekutif.

3. Berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara berdasarkan peraturan perundang-undangan

Tindakan hukum Tata Usaha Negara adalah perbuatan hukum Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersumber pada suatu ketentuan hukum Tata Usaha Negara yang dapat menimbulkan hak atau kewajiban pada orang lain. Yang dimaksud dengan “peraturan perundang-undangan” ialah semua peraturan yang bersifat mengikat secara umum yang dikeluarkan oleh Badan Perwakilan Rakyat bersama pemerintah baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah serta semua Keputusan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara, baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, yang juga bersifat mengikat secara umum.

4. Bersifat konkrit, individual dan final

Bersifat konkrit, artinya obyek yang diputuskan dalam Keputusan Tata Usaha Negara itu tidak abstrak, tetapi berwujud tertentu atau dapat ditentukan umpamanya

keputusan mengenai rumah si A, izin usaha bagi si B, pemberhentian si A sebagai pegawai negeri.

Bersifat individual artinya Keputusan Tata Usaha Negara tidak ditujukan untuk umum, tetapi tertentu baik alamat maupun hal yang dituju. Kalau yang dituju lebih dari seorang, tiap-tiap nama orang yang terkena keputusan itu disebutkan. Umpamanya keputusan tentang pembuatan atau pelebaran jalan dengan lampiran yang menyebutkan nama-nama orang yang terkena keputusan tersebut.

Bersifat final artinya sudah definitif dan karenanya dapat menimbulkan akibat hukum. Keputusan yang masih memerlukan persetujuan instansi atasan atau instansi lain belum bersifat final karenanya belum dapat menimbulkan hak atau kewajiban pada pihak yang bersangkutan. Umpamanya, keputusan pengangkatan seorang pegawai negeri memerlukan persetujuan dari Badan Administrasi Kepegawaian Negara.

5. Menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata

Menimbulkan akibat hukum artinya perbuatan hukum yang diwujudkan dalam pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara

itu dapat menimbulkan hak atau kewajiban pada seseorang atau badan hukum perdata.

Unsur-unsur Keputusan Tata Usaha Negara pada prinsipnya meliputi:⁵⁶

1. Ditinjau dari segi pembuatnya: dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam rangka melaksanakan kegiatan yang bersifat eksekutif (urusan pemerintahan).
2. Ditinjau dari wujud materiilnya: berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yaitu tindakan Hukum Administrasi Negara yang melaksanakan fungsi untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan baik di pusat maupun di daerah.
3. Ditinjau dari segi sifatnya: konkret, individual dan final.
4. Ditinjau dari segi akibatnya: menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Jika kita kaitkan peraturan kebijaksanaan dengan unsur-unsur Keputusan Tata Usaha Negara di atas maka peraturan kebijaksanaan tidak memenuhi unsur yang ditinjau dari segi sifatnya karena peraturan kebijaksanaan ditujukan kepada umum bukan kepada individu.

Namun setelah dikeluarkannya UU AP yang memperluas makna Keputusan Tata Usaha Negara, membuka peluang bahwa

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 24.

peraturan kebijaksanaan dapat menjadi obyek sengketa di Peradilan Tata Usaha Negara.

Konsepsi tentang Keputusan Tata Usaha Negara dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 berbunyi, Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bersifat konkret, individual dan final yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

Selanjutnya dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014, konsepsi Keputusan Tata Usaha Negara ini diatur lebih detail dan menyeluruh, sehingga menimbulkan konstruksi baru tentang elemen-elemen yang terkandung dalam Keputusan Tata Usaha Negara yang akan menjadi obyek gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara. Pasal 1 angka 7 berbunyi Keputusan administrasi pemerintahan yang juga disebut Keputusan Tata Usaha Negara atau Keputusan Administrasi Negara yang selanjutnya disebut Keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Pasal ini menunjukkan arti yang cukup luas tentang definisi sebuah Keputusan Tata Usaha Negara, yakni hanya menggunakan 3 kriteria saja, antara lain

berupa ketetapan tertulis, dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Pemerintahan dan ketetapan tersebut dalam rangka penyelenggaraan Pemerintahan.

Kemudian klausul “Keputusan yang berlaku bagi Warga Masyarakat”, menambah makna baru dari Individual dalam kriteria sebuah Keputusan Tata Usaha Negara dan memperluas peluang legal standing warga masyarakat atau kelompok dalam mengajukan gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara. Hilangnya redaksi “Individual” dalam Pasal 1 angka 7 dan Pasal 87 UU AP dalam konteks pengujian Keputusan Tata Usaha Negara di Peradilan Tata Usaha Negara, maka pemaknaan Keputusan Tata Usaha Negara sebagai sebuah keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat sangat relevan dengan asas yang berlaku terhadap pemberlakuan putusan Peradilan Tata Usaha Negara yakni asas *erga omnes* (asas yang menegaskan putusan Peradilan Administratif bersifat mengikat secara publik tidak hanya dengan pihak-pihak yang terkait langsung dengan sebuah perkara atau Keputusan Tata Usaha Negara).

Pertimbangan selanjutnya yakni terkait Pasal 9 UU AP. Agar mendapatkan gambaran secara lengkap, berikut bunyi Pasal 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014.

Pasal 9 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan
(1) Setiap Keputusan dan/atau Tindakan wajib berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB.

- (2) Peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi:
 - a peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar Kewenangan; dan
 - b peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan.
- (3) Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan wajib mencantumkan atau menunjukkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar Kewenangan dan dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan.
- (4) Ketiadaan atau ketidakjelasan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b, tidak menghalangi Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang berwenang untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan sepanjang memberikan kemanfaatan umum dan sesuai dengan AUPB.

Berikut akan dikaitkan apakah pembentukan peraturan kebijaksanaan dapat didasarkan pada Pasal 9 UU AP. Pertama, di dalam menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB. Peraturan kebijaksanaan tidak didasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan sehingga rumusan tersebut tidak dapat dijadikan dasar.

Kedua, peraturan perundang-undangan yang dimaksud yaitu pertama peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan dan kedua peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan. Peraturan kebijaksanaan merupakan peraturan

yang dikeluarkan dalam ruang lingkup pejabat eksekutif. Pejabat eksekutif di sini penulis artikan sebagai Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yakni unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya. Dasar kewenangan pejabat eksekutif diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2008 tentang Kementerian Negara sehingga unsur mengenai peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan terpenuhi.

Sehubungan dengan itu yang menjadi persoalan di sini yakni mengenai peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam mengeluarkan peraturan kebijaksanaan. Sepengetahuan penulis, belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur dasar bagi Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan di dalam mengeluarkan peraturan kebijaksanaan. Namun, jika kita telaah Pasal 9 ayat (4) yang berbunyi ketiadaan atau ketidakjelasan peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud yakni peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan, tidak menghalangi Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang berwenang untuk menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan sepanjang memberikan kemanfaatan umum dan sesuai dengan AUPB. Sehingga meskipun tidak ada dasar peraturan perundangan-undangan bagi

Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan mengeluarkan peraturan kebijaksanaan, namun Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dapat mengeluarkan peraturan kebijaksanaan berdasarkan Pasal 9 ayat (4) UU AP sepanjang memberikan kemanfaatan umum dan sesuai dengan AUPB.

Pertimbangan selanjutnya terkait Pasal 31 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 yang berbunyi:

“Akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dibatalkan”.

Akibat hukum dari tidak sahnya kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terbagi menjadi 3 (tiga):

1. Batal Demi Hukum (*nietigheid van rechtswege*)

Artinya akibat sesuatu perbuatan, untuk sebagiannya atau seluruhnya, bagi hukum dianggap tidak ada (dihapuskan) tanpa diperlukan suatu keputusan hakim atau keputusan suatu badan pemerintah lain yang berkompeten untuk menyatakan batal.

2. Batal (*nietig/absolut nietig*)

Artinya bahwa bagi hukum perbuatan yang dilakukan tidak ada. Jadi bagi hukum akibat perbuatan itu dianggap tidak pernah ada.

3. Dapat dibatalkan (*vernietigbaar*)

Artinya bagi hukum perbuatan yang dilakukan dan akibatnya dianggap ada, sampai waktu pembatalan oleh hakim atau

oleh suatu badan pemerintah lain yang berkompeten membatalkannya.

Tabel 2
Perbedaan batal (*nietig*), batal demi hukum (*van rechtswege nietig*), dan dapat dibatalkan (*vernietigbaar*)

Uraian	Nietig	van Rechtswege Nietig	Vernietigbaar
Sejak kapan batal	<i>Ex tunc</i>	<i>Ex tunc</i>	<i>Ex nunc</i>
Tindakan Pembatalan	Tidak harus dengan putusan atau keputusan	Tanpa perlu ada putusan atau keputusan	Mutlak harus ada putusan atau keputusan

(Sumber : A'an Efendi & Freddy Poernomo, 2017, Hukum Administrasi, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 142)

1. *Ex tunc*: secara harfiah *ex tunc* berarti sejak waktu (dulu) itu. Dalam konteks ini, *ex tunc* berarti perbuatan dan akibatnya dianggap tidak pernah ada.
2. *Ex nunc*: secara harfiah *ex nunc* berarti sejak saat sekarang. Dalam konteks ini, *ex nunc* berarti perbuatan dan akibatnya dianggap ada sampai saat pembatalannya.

Apabila peraturan kebijaksanaan didasarkan atas diskresi dan penggunaan diskresi itu dikategorikan mencampurkan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 ayat (1) UU AP, maka diskresi itu dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Sifat dari dapat dibatalkan (*vernietigbaar*) adalah *ex nunc*, artinya mutlak harus ada putusan atau keputusan. Jadi, untuk membatalkan peraturan kebijaksanaan yang bertentangan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 ayat (1) UU AP, maka harus dibatalkan melalui mekanisme peradilan yakni Peradilan Tata Usaha Negara.

Sehingga menurut hemat penulis, berdasarkan pertimbangan di atas setelah diberlakukannya UU AP peraturan

kebijaksanaan dapat menjadi obyek sengketa di Peradilan Tata Usaha Negara.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Purwanto, S.H., M.H., salah satu staf bagian perundang-undangan Kemenkumham Kantor wilayah Yogyakarta mengenai pengujian *beleidsregel*, beliau berpendapat bahwa:

“Pengujian *beleidsregel* harusnya dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Permasalahannya adalah dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Pasal 22 terkait tujuan dari diskresi. Peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*) itu lebih dekat pada produk diskresi karena mengeluarkan sebuah keputusan yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Jika menyangkut teorinya memang masih menjadi perdebatan apakah ini termasuk kriteria dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan atau tidak, karena terkendala dengan Pasal 24 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang mensyaratkan diskresi itu tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Saya memberikan istilah ini disebut sebagai diskresi terpasung, mau tidak mau harus tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan sesuai dalam Pasal 24 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, ini yang menjadi berbeda jika pengujian peraturan kebijaksanaan menjadi kewenangan Peradilan Tata Usaha Negara apabila didasarkan pada diskresi. Padahal *beleidsregel* itu seharusnya murni, murni dalam arti karena *beleidsregel* tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan sehingga konsepnya berbeda jika dikaitkan antara diskresi dengan peraturan kebijaksanaan. Syarat diskresi itu kan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan sesuai dengan Pasal 24 huruf b yang menyatakan Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat yakni tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan peraturan kebijaksanaan adalah bentuk penyimpangan, sehingga berbeda konsepnya. Sehubungan dengan itu maka pengujiannya masuk di Peradilan Tata Usaha Negara atau tidak masih menjadi perdebatan. Jika berbicara masalah hakim yang mengadili, hakim dapat melakukan penafsiran hukum, penemuan hukum dan lain-

lain, itu jelas persoalan yang berbeda, namun apabila dalam konteks peraturan perundang-undangan, ini tidak termasuk dalam kriteria diskresi dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Jika ia tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan berarti pengujiannya harus dengan undang-undang. Namun dalam teorinya pengujian *beleidsregel* hanya menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik, lebih diserahkan kepada *doelmatigheid* dari pada *rechtmatigheid* dan melihat kemanfaatannya seperti apa”.⁵⁷

Kebijakan yang dibuat pejabat administrasi negara berdasarkan kewenangan bebas yang dituangkan dalam peraturan kebijakan harus dijalankan dalam suatu *garis kebijakan yang tetap* menurut istilah Indroharto atau *taat asas* menurut Bagir Manan dalam rangka memenuhi asas-asas pemerintahan yang layak. Hal itu mengandung arti bahwa kebijakan dalam bentuk peraturan kebijakan tersebut akan berlaku sama terhadap semua warga negara. Jika kebijakan yang diwujudkan dalam peraturan kebijakan yang ditetapkan pejabat administrasi negara berarti peraturan kebijakan tersebut berlaku secara umum.⁵⁸

Dalam perspektif negara hukum modern, tidak boleh ada kekuasaan negara yang dibiarkan tidak diawasi (tidak dikontrol). Kondisi seperti itu dapat membuka kemungkinan terjadi kesewenang-wenangan oleh para pemegang kekuasaan. Pemerintah sebagai salah satu organ negara pemegang kekuasaan juga harus berada dalam keadaan diawasi atau dikontrol. Kontrol

⁵⁷ Wawancara bersama dengan Purwanto, S.H., M.H., selaku bagian perundang-undangan Kementerian Hukum dan HAM, Kantor Wilayah Yogyakarta, 7 November 2017.

⁵⁸ Hotma P. Sibuea, *Op.Cit.*, hlm. 123.

terhadap segenap pemegang kekuasaan negara termasuk pemerintah dapat dilakukan melalui suatu mekanisme pengujian terhadap segenap tindakan yang dilakukan pemerintah atau pejabat administrasi negara. Dalam hal ini berlaku prinsip bahwa segenap tindakan yang dilakukan pemerintah (pejabat administrasi negara) harus dapat dipersoalkan ataupun diuji baik dari berbagai segi aspek hukum (yuridis), kepatutan (moral), atau kepantasan (akal sehat), kemanfaatan (*doelmatig*) dan sebagainya.

Pengujian terhadap peraturan kebijakan dilakukan oleh lembaga peradilan. Dalam sistem hukum administrasi negara Indonesia, pengujian terhadap peraturan kebijakan merupakan kompetensi absolut peradilan administrasi (Peradilan Tata Usaha Negara). Dalam hubungan ini, Abdul Hamid S. Attamimi mengemukakan bahwa:

“Karena keputusan pejabat tata usaha negara senantiasa menjadi objek Peradilan Tata Usaha Negara, kewenangan pembentukan peraturan kebijakan yang bersangkutan pun dapat dipersoalkan dalam Peradilan Tata Usaha Negara.”⁵⁹

Batasan pengujian *beleidsregel* oleh hakim Peradilan Tata Usaha Negara adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik. Asas-asas umum pemerintahan yang baik yang dimaksud antara lain kepastian hukum, kemanfaatan, ketidakberpihakan,

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 137.

kecermatan, tidak menyalahgunakan kewenangan, demi kepentingan umum dan pelayanan yang baik. Jika hakim menilai bahwa peraturan kebijaksanaan bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, peraturan kebijaksanaan tersebut dapat dinyatakan batal oleh hakim.

2) Definisi Asas Umum Pemerintahan yang Baik

Istilah “asas” dalam Asas Umum Pemerintahan yang Baik (selanjutnya disebut AUPB), menurut pendapat Bahcsan Mustafa dimaksudkan sebagai “asas hukum”, yaitu suatu asas yang menjadi dasar suatu kaidah hukum. Asas hukum adalah asas yang menjadi dasar pembentukan kaidah-kaidah hukum, termasuk juga kaidah hukum tata pemerintahan. Kaidah atau norma adalah ketentuan-ketentuan tentang bagaimana seharusnya manusia bertingkah laku dalam pergaulan hidupnya dengan manusia lainnya. Ketentuan tentang tingkah laku dalam hubungan hukum dalam pembentukannya sekaligus penerapannya didasarkan pada asas-asas hukum yang diberlakukan. Perlakuan asas hukum dalam lapangan hukum tata pemerintahan sangat diperlukan, mengingat kekuasaan aparatur pemerintah memiliki wewenang yang istimewa, lebih-lebih di dalam rangka penyelenggaraan

kesejahteraan dan kepentingan umum dalam fungsinya sebagai *bestuurszorg*.⁶⁰

Kata “umum” berarti sesuatu yang bersifat menyeluruh dan mencakup hal-hal yang bersifat mendasar dan diterima sebagai prinsip oleh masyarakat secara umum. Kata “pemerintahan” disebut juga sebagai Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 menyatakan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara adalah Badan atau Pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan, berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penjelasan atas Pasal 1 angka 1 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan urusan pemerintahan adalah kegiatan yang bersifat eksekutif. Jika kita mendasarkan pada definisi Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara di atas, maka aparat pemerintah dari tertinggi sampai dengan terendah mengemban 2 (dua) fungsi, yaitu:⁶¹

1. Fungsi memerintah (*bestuursfunctie*)

Kalau fungsi memerintah (*bestuursfunctie*) tidak dilaksanakan, maka roda pemerintahan akan macet.

2. Fungsi pelayanan (*vervolgens functie*)

⁶⁰ Cekli Setya Pratiwi dkk, 2016, *Penjelasan Hukum Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB)*, hlm.36.

⁶¹ *Ibid.*

Fungsi pelayanan adalah fungsi penunjang, kalau tidak dilaksanakan maka akan sulit mensejahterahkan masyarakat.

Dalam melaksanakan fungsinya, aparat pemerintah selain melaksanakan undang-undang juga dapat melaksanakan perbuatan-perbuatan lain yang tidak diatur dalam undang-undang.

Philipus M. Hadjon menerangkan bahwa pada dasarnya pemerintah tidak hanya melaksanakan undang-undang tetapi atas dasar *freies ermessen* dapat melakukan perbuatan-perbuatan lainnya, meskipun belum diatur secara tegas dalam undang-undang. Selanjutnya, Philipus M. Hadjon juga menambahkan bahwa di Belanda untuk keputusan terikat (*gebonden beschikking*) diukur dengan peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), meskipun untuk keputusan bebas (*vrije beschikking*) dapat diukur dengan hukum tak tertulis yang dirumuskan sebagai "*algemene beginselen van berhoorlijk bestuur*" (ABBB). Namun dalam perkembangannya baik di Indonesia maupun di Belanda, baik undang-undang maupun AUPB keduanya harus menjadi pedoman bagi penyelenggara pemerintahan dalam menjalankan fungsinya dan melakukan perbuatan-perbuatan dan/atau mengeluarkan keputusan-keputusan. Sebab sah tidaknya sebuah keputusan pemerintahan apabila memenuhi keduanya yaitu selaras dengan undang-undang

dan AUPB. Hal ini secara tegas dinyatakan dalam ketentuan Pasal 52 ayat (2) UU AP tentang syarat sahnya keputusan pemerintahan, dinyatakan bahwa “Keputusan Tata Usaha Negara dapat dinyatakan sah, apabila dibuat sesuai dengan peraturan perundang-undangan dan berdasarkan AUPB”.⁶²

Kata “Baik” memiliki makna bahwa prinsip-prinsip yang berlaku umum tersebut didasarkan pada hal-hal yang baik atau patut atau layak untuk dijadikan pedoman dalam penyelenggaraan pemerintahan sebagai syarat dalam pembentukan pemerintahan yang bersih dan baik (*clean and good governance*).⁶³

Para pakar, misalnya Indroharto, menggunakan istilah asas-asas umum pemerintahan yang layak (AAUPL) dan mengartikannya sebagai asas-asas yang khusus berlaku di bidang administrasi pemerintahan dan menjadi bagian dari asas-asas hukum umum dan penting artinya bagi perbuatan-perbuatan hukum pemerintahan. Pada awal perkembangannya, asas-asas umum pemerintahan yang layak (AAUPL) merupakan asas hukum yang tidak tertulis, sehingga F.H. Van Der Burg dan G.J.M Cartigny lebih spesifik memberikan definisi tentang AAUPL (AUPB) sebagai asas-asas hukum tidak tertulis yang

⁶² *Ibid.*, hlm. 37.

⁶³ *Ibid.*

harus diperhatikan badan atau pejabat administrasi negara dalam melakukan tindakan hukum yang akan dinilai kemudian oleh Hakim Administrasi.⁶⁴

Asas yang demikian oleh Indroharto disebut sebagai asas-asas hukum umum yang secara khusus berlaku dan penting artinya bagi perbuatan-perbuatan hukum pemerintahan. Terkait dengan yang dikemukakan oleh Indroharto ini, Sjachran Basah mengemukakan, walaupun Administrasi Negara memiliki keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan, tetapi sikap tindaknya itu harusnya dapat dipertanggungjawabkan secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa dan secara hukum harus memperhatikan batas atas dan batas bawah, dengan memperhatikan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai tolak ukurnya.⁶⁵

Wirda Van der Burg mendefinisikan AUPB sebagai tendensi-tendensi (kecenderungan) etik, yang menjadi dasar hukum Tata Usaha Negara, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk praktik pemerintahan dan dapat diketahui pula bahwa asas-asas itu sebagian dapat diturunkan dari hukum dan praktik, sedangkan untuk sebagian besar bukti (jelas atau nyata) langsung mendesak. Hal ini dikemukakan Wirda dalam salah satu

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

paparannya di hadapan perhimpunan Tata Usaha Negara di Belanda Tahun 1952.⁶⁶

Hal berbeda disampaikan F.H Van der Burg dan G.J.M Cartigny yang mendefinisikan AUPB sebagai asas-asas hukum yang tidak tertulis yang harus diperhatikan oleh badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam melakukan tindakan hukum yang dinilai kemudian oleh hakim Tata Usaha Negara. Definisi tersebut hampir sama dengan yang dikemukakan Older Bidara, yang memberikan definisi tentang AUPB sebagai asas-asas hukum yang tidak tertulis yang harus diperhatikan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dalam melakukan tindakan hukum. Asas yang demikian oleh Indroharto disebut sebagai asas-asas hukum umum yang secara khusus berlaku dan penting artinya bagi perbuatan-perbuatan hukum pemerintahan.⁶⁷

Ditinjau secara umum, di Belanda, *algemene beginselen van berhoorlijk bestuur* (ABBB) menurut seorang ahli hukum bernama L.P. Suetens, diartikan sebagai prinsip-prinsip umum pemerintahan yang baik (AUPB) yang pada dasarnya merupakan aturan hukum publik yang wajib diikuti oleh pengadilan dalam menerapkan hukum positif. Prinsip-prinsip AUPB ini merupakan kategori khusus dari prinsip-prinsip hukum umum dan dianggap

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

sebagai sumber formal hukum dalam hukum administrasi, meskipun biasanya melibatkan hukum yang tidak tertulis.⁶⁸

Ditinjau dari rumusan pengertian para pakar tentang AUPB tersebut di atas, dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

1. AUPB merupakan norma hukum (tertulis) dan atau norma etik (tidak tertulis) yang khusus berlaku di lingkungan administrasi negara;
2. AUPB merupakan asas yang penting karena menjadi pedoman bagi Pejabat TUN dalam menjalankan kewenangannya;
3. AUPB sebagai prinsip-prinsip penting yang wajib diikuti oleh hakim, berfungsi sebagai alat uji bagi Hakim Administrasi untuk sah atau tidaknya KTUN;
4. AUPB sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat;
5. AUPB yang bersifat tidak tertulis berlaku mengikat manakala dijadikan dasar bagi Hakim TUN dalam memutus perkara;
6. AUPB salah satu fungsinya adalah sebagai arahan atau patokan bagi pelaksanaan wewenang administrasi negara untuk memberikan dan menentukan batas-batas manakah

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 38.

yang harus diperhatikan oleh suatu Pejabat TUN dalam bertindak;

7. AUPB sebagai alat uji bagi Hakim di Peradilan TUN untuk menilai sah atau tidaknya suatu KTUN.

B. Kendala-kendala yang dihadapi dalam Perlindungan Hukum atas dikeluarkannya Peraturan Kebijaksanaan ditinjau dari Perspektif Hukum Administrasi?

1. Kendala Teoretis

Didalam sebuah negara hukum, kekuasaan negara dibatasi untuk melindungi warganya dari penyalahgunaan kekuasaan. Warga-warga memiliki kebebasan-kebebasan sipil yang dijamin oleh hukum dan mereka dapat pergi ke pengadilan untuk menegakkan hak mereka. Indonesia yang merupakan negara hukum alangkah ironis jika ada tindakan dari penguasa yang tidak dapat dijangkau oleh hukum itu sendiri. Salah satu sarana yang dapat digunakan oleh warga terhadap tindakan penguasa yang sewenang-wenang yakni dengan mengajukan gugatan ke Peradilan Tata Usaha Negara.

Ditinjau secara teoritis yang menjadi obyek Peradilan Tata Usaha Negara ialah Keputusan Tata Usaha Negara bukan peraturan kebijaksanaan. Pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan memang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, sehingga menimbulkan pertanyaan kemana masyarakat dapat mengajukan gugatan terhadap peraturan kebijaksanaan yang merugikan masyarakat. Jika

perluasan makna definisi Keputusan Tata Usaha Negara didasarkan pada Pasal 87 huruf f UU AP terkait klausul “Keputusan yang berlaku bagi warga masyarakat”, artinya akan memunculkan paradigma baru bahwa pemahaman keputusan tata usaha negara tidak lagi individual.

Disamping itu setiap hakim memiliki pendapat dan penafsiran yang berbeda-beda apakah peraturan kebijaksanaan dapat diuji di Peradilan Tata Usaha Negara atau tidak. Hal ini menjadi kendala tersendiri yang juga harus dicarikan solusi hukumnya.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., salah satu hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta beliau menyatakan bahwa:

“Ada seorang warga negara Indonesia keturunan Tionghua bernama Handoko yang mengajukan gugatan ke Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta terkait Surat Instruksi Wakil Gubernur DIY Nomor 898/I/A/1975 tertanggal 5 Maret 1975 tentang Larangan Kepemilikan Hak atas Tanah bagi Warga Nonpribumi di DIY. Handoko merasa bahwa Instruksi Wakil Gubernur DIY tersebut memuat unsur diskriminasi. Namun gugatan tersebut tidak dapat diterima oleh Peradilan Tata Usaha Negara dengan pertimbangan bahwa Peraturan Kebijakan bukan merupakan obyek sengketa di Peradilan Tata Usaha Negara.”⁶⁹

2. Kendala Tekhnis

Dalam pelaksanaan praktik dipersidangan Peradilan Tata Usaha Negara yang obyeknya adalah Keputusan Tata Usaha Negara, hakim berpedoman pada hukum acara yang diatur dalam Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara beserta perubahannya. Namun yang menjadi

⁶⁹ Wawancara bersama dengan Andriyani Masyitoh, S.H., M.H., selaku Hakim Peradilan Tata Usaha Negara Yogyakarta, 9 November 2017.

kendala apabila yang diuji adalah peraturan kebijaksanaan maka hakim harus berpedoman dengan hukum acara yang mana, karena belum ada hukum acara yang khusus mengatur pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan di Peradilan Tata Usaha Negara. Apakah peraturan kebijaksanaan yang diuji pengujiannya sama dengan hukum acara yang digunakan untuk menguji Keputusan Tata Usaha Negara atau tidak.

3. Kendala Yuridis

Hukum formil peradilan tata usaha negara adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dan yang terakhir Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Sedangkan hukum materiilnya diatur dalam UU AP.

Asas-asas berlakunya undang-undang diterapkan apabila ada dua undang-undang atau lebih yang mengatur hal yang sama. Dalam hal ini baik Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara maupun Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mengatur hal yang sama yakni salah satunya mengenai makna dari Keputusan Tata Usaha Negara.

Jika kita lihat dalam ketentuan peralihan UU AP yang memperluas makna Keputusan Tata Usaha Negara yang sudah diatur terlebih dahulu di Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara maka yang mana yang harus diberlakukan? Apakah adagium *lex posteriori* dalam hal ini Undang-

Undang Administrasi Pemerintahan dapat mengesampingkan Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara yang *lex specialis*? Hal ini tentu masih menjadi perdebatan.

C. Upaya untuk Mengatasi Kendala-kendala yang dihadapi dalam Perlindungan Hukum atas dikeluarkannya Peraturan Kebijakan ditinjau dari Perspektif Hukum Administrasi?

1. Upaya Mengatasi Kendala Teoretis

Dalam perspektif negara hukum modern, prinsip pembatasan kekuasaan negara (penguasa) demi perlindungan hak-hak individu berlaku dalam segenap lingkungan kekuasaan negara. Pembatasan kekuasaan pemerintah eksekutif dalam lingkungan hukum administrasi negara tidak hanya dilakukan berdasarkan asas legalitas "*wetmatigheid van bestuur*". Pembatasan kekuasaan pemerintah atau pejabat administrasi negara juga dilakukan melalui metode atau mekanisme yang lain.

Upaya untuk mengatasi kendala di dalam pengujian peraturan kebijakan di peradilan tata usaha negara yakni dengan memperluas obyek sengketa tata usaha negara yang tidak hanya obyeknya keputusan tata usaha negara tetapi juga peraturan kebijakan. Disamping itu, jika sumber dikeluarkannya peraturan kebijakan didasarkan pada UU AP, maka hakim wajib melakukan pendekatan penafsiran. Sehingga peraturan kebijakan dapat diuji di peradilan tata usaha negara.

2. Upaya Mengatasi Kendala Tekhnis

Hakim peradilan tata usaha negara wajib dan harus berani memberikan tafsirnya. Meskipun belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur lebih lanjut mengenai pengujian peraturan kebijaksanaan, peraturan kebijaksanaan tetap dapat dan harus diuji, sekalipun bukan berdasarkan tolak ukur pengujian peraturan perundang-undangan (pengujian secara material). Hal ini sesuai dengan asas *ius curia novit* bahwa hakim tidak boleh menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumnya tidak lengkap atau tidak jelas.

Kebutuhan akan pengujian peraturan kebijaksanaan didorong oleh baik untuk kebutuhan pemerintah maupun untuk masyarakat. Bagi masyarakat mengharapkan adanya suatu jaminan perlindungan hukum dari sikap tindak badan atau pejabat pemerintah, sebaliknya bagi badan atau pejabat pemerintah merupakan pembatasan atau dasar untuk tidak bertindak secara bebas membentuk peraturan kebijaksanaan yang dapat bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis.⁷⁰

3. Upaya Mengatasi Kendala Yuridis

Berdasarkan Pasal 28D Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa setiap orang mempunyai hak hukum. Wujud dari pada hak hukum ini ialah dengan adanya perlindungan hukum yang

⁷⁰ H. Abdul Latief, 2005, *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*, UII Press Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 239.

diberikan negara kepada warga negaranya atas tindakan pemerintah yang merugikan masyarakat. Guna memberikan suatu jaminan perlindungan hukum atas dikeluarkannya peraturan kebijaksanaan maka sudah semestinya pengujian peraturan kebijaksanaan diatur di dalam peraturan perundang-undangan, baik dilakukan dengan cara membuat undang-undang tersendiri yang khusus mengatur mengenai peraturan kebijaksanaan, atau dengan dilakukannya pembaharuan terhadap undang-undang peradilan tata usaha negara maupun UU AP.

